

Brokkoli für alle! Obamas Gesundheitsreform passiert den Supreme Court

Nora Markard

2012-06-28T23:55:55



NORA MARKARD

Von

Die gute Nachricht zuerst: Amerika hat nun ein Gesundheitssystem. Der Supreme Court hat, vielen Befürchtungen zum Trotz, den *Patient Protection and Affordable Care Act* (ACA), Obamas große Gesundheitsreform – und einen der wenigen Meilensteine seiner Präsidentschaft – für verfassungsmäßig erklärt, jedenfalls in seinen wesentlichen Teilen.

Zu entscheiden hatte der Supreme Court zum einen über die Frage, ob die Einführung einer allgemeinen Versicherungspflicht, abgesichert durch eine Steuerstrafe, von den enumerierten Bundeskompetenzen umfasst ist. Zur Debatte standen die Kompetenz zur Regulierung des Handels zwischen den Bundesstaaten (*Commerce Clause*) und die Steuerkompetenz (*Taxing Clause*); notfalls die Auffangklausel (*Necessary and Proper Clause*), die integrale Bestandteile eines anderweitig kompetenzgemäßen Gesetzeswerks mitumfassen kann.

Zum anderen ging es darum, ob die Ausweitung des staatlichen Armen-Versicherungsprogramms Medicaid – erst zu 100%, später zu mindestens 90% vom Bund finanziert – verbotenen Zwang auf die Bundesstaaten ausübt. Denn diese können sich zwar entscheiden, diese Ausweitung mitzumachen – tun sie dies aber nicht, würden sie *sämtliche* Bundesbeteiligung an ihren bisherigen Medicaid-Programmen verlieren.

Die mündliche Verhandlung und die Bedeutung des Gesetzes habe ich im März [hier](#), [hier](#), [hier](#) und [hier](#) besprochen.

Der Supreme Court hat nun entschieden: Die Versicherungspflicht ist verfassungsmäßig, aber zu ihrem Glück zwingen darf der Bund die Bundesstaaten nicht.

Wer ist nochmal die Mehrheit?

Das Urteil ist ein Brocken, so wie es die mehrtägige mündliche Verhandlung erwarten ließ: 187 Seiten, davon 59 Seiten für die Mehrheitsmeinung, 61 für die teilweise abweichende Meinung, und 65 + 2 Seiten für die Dissente. Ich habe gleich nach den [Vorträgen von Susanne Baer und Linda Alcoff](#) den Abend damit verbracht, dieses Monster zumindest in seinen bestimmenden Teilen durcharbeiten und für das Verfassungsblog aufzubereiten (man verzeihe mir, wenn sich dieser Eintrag daher etwas trockener liest als die letzten!).

Das Ergebnis: Die Versicherungspflicht ist verfassungsmäßig, die Ausweitung von Medicaid auch – nur die Drohung des Verlusts sämtlicher Bundesförderung ist gefallen.

Chief Justice Roberts hat sich mal wieder auf die Seite der Mehrheit geschlagen, wenngleich er mit weiten Teilen seines Urteils dann doch allein dasteht. Es ist das erste Mal dass er mit den Liberalen in einer 5:4-Entscheidung stimmt, also ohne einen weiteren Konservativen in der Mehrheit. Überhaupt ist gar nicht so leicht herauszufinden, wer eigentlich was sagt:

ROBERTS, C. J., announced the judgment of the Court and delivered the opinion of the Court with respect to Parts I, II, and III–C, in which GINSBURG, BREYER, SOTOMAYOR, and KAGAN, JJ., joined; an opinion with respect to Part IV, in which BREYER and KAGAN, JJ., joined; and an opinion with respect to Parts III–A, III–B, and III–D. GINSBURG, J., filed an opinion concurring in part, concurring in the judgment in part, and dissenting in part, in which SOTOMAYOR, J., joined, and in which BREYER and KAGAN, JJ., joined as to Parts I, II, III, and IV. SCALIA, KENNEDY, THOMAS, and ALITO, JJ., filed a dissenting opinion. THOMAS, J., filed a dissenting opinion.

Alles klar? [Also](#):

Chief Justice Roberts hat die Mehrheitsmeinung geschrieben, allerdings hat er eine Mehrheit zusammen mit den Richterinnen Ginsburg, Sotomayor und Kagan und dem Richter Breyer nur für folgende Teile seines Urteils gefunden:

- Die Entscheidung des Gerichts wird nicht durch den Anti-Injunction Act gehemmt, bis die erste Steuerstrafe fällig wird, weil der Gesetzgeber sie als *penalty*, nicht als *tax* bezeichnet hat.
- Die Steuerstrafe ist dennoch eine rechtmäßige Ausübung der *Taxing Power*.
- Die Medicaid-Ausweitung fällt unter die *Spending Clause*, ist aber wegen ihres Zwangscharakters für die Bundesstaaten verfassungswidrig, kann aber einfach dadurch gerettet werden, dass die Drohung des Förderungsentzugs abgetrennt aufgehoben wird.

Seine Ausführungen zur *Commerce Clause* und zur *Necessary and Proper Clause* tragen Roberts' Kolleg_innen dagegen nicht mit. Stattdessen befinden sie in einem von Richterin Ginsburg scharf formulierten Sondervotum, dass die Versicherungspflicht auch unter diesen Kompetenztiteln hätte erlassen werden dürfen. Ihrer Ansicht, die Ausweitung von Medicaid sei verfassungsmäßig, schließt sich allerdings nur Sotomayor an; beide stützen jedoch im Ergebnis die Abtrennungslösung von Roberts.

Justice Kennedy, die große Hoffnung der Liberalen, hat sich diesmal auf die Seite der Konservativen geschlagen: Er hat mit Scalia, Thomas und Alito eine abweichende Meinung geschrieben, die es in sich hat.

Richter Thomas hat noch eine hinzugefügt, in der er auf nur zwei Seiten sein „*ceterum censeo*“ wiederholt: Die Ausweitung der *Commerce Clause* auf Sachverhalte, die den Handel zwischen den Bundestaaten lediglich beeinflussen, führe genau zu solchen Übersteigerungen der Regelungswut des Bundes wie im Fall des ACA geschehen.

Steuern sind, wenn „Steuern“ draufsteht – oder: *Falsa demonstratio non nocet*. Der Anti-Injunction Act und die *Tax Clause*

Justice Alito hatte den Vertreter der Bundesregierung, Solicitor General Donald B. Verrilli, Jr., in der mündlichen Verhandlung aufgezo-

General Verrilli, today you are arguing that the penalty is not a tax. Tomorrow you are going to be back and you will be arguing that the penalty is a tax.

Tatsächlich hatte Verrilli es mit seinem Argument nicht leicht. Da die Regierung die Entscheidung über die Gesundheitsreform nicht mit in den Wahlkampf nehmen wollte, musste er argumentieren, dass die *tax penalty* zur Durchsetzung der Versicherungspflicht eine Strafe, keine Steuer sei. Allerdings musste er dann am nächsten Tag der Verhandlung argumentieren, dass diese Strafe eine rechtmäßige Ausübung der Steuergesetzgebungskompetenz sei.

Genauso aber sieht es nun die Mehrheit des Supreme Court. Roberts sieht den wesentlichen Unterschied darin, dass der Anti-Injunction Act ein Gesetz des US Congress ist, während die Verfassung darüber steht. Daher stehe es bei Gesetzen dem Congress frei, durch Wahl der entsprechenden Terminologie eine Regelung durch den Anti-Injunction Act abzusichern oder eben nicht. Bei der Frage, ob ein Gesetz gegen die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung verstoße, könne es dagegen nicht auf die Terminologie ankommen, sondern es müsse eine materielle Prüfung erfolgen.

It is up to Congress whether to apply the Anti-Injunction Act to any particular statute, so it makes sense to be guided by Congress's choice of label on that question. That choice does not, however, control whether an exaction is within Congress's constitutional power to tax.

Entscheidend sei, dass die Steuerstrafe wie eine Steuer erhoben werde, und zwar vom Internal Revenue Service, der auch sonstige Steuern erhebt. Steuern hätten praktisch immer eine intendierte Steuerungswirkung, dies spreche nicht gegen die Ausübung der Kompetenz. Ebenso wenig sei es ein Gegenargument, dass mit der *tax penalty* Inaktivität besteuert werde – denn dies sei auch bei Kopfsteuern so, die die Verfassung gerade erlaube. Von einem Kaufzwang könne ebenfalls keine Rede sein – vielmehr werde erwartet, dass 4m Menschen im Jahr lieber die Steuer zahlen als eine Versicherung abschließen werden, denn die Steuer kann niedriger, darf aber nicht höher sein als die Kosten einer Versicherung. Diese Entscheidung stehe ihnen völlig frei, betont Roberts. Anreize zu Käufen aber dürfe der Gesetzgeber durchaus setzen – dies tue er ja auch bei Hauskäufen oder Berufsausbildungen.

Muss es Commerce geben, um ihn regulieren zu dürfen?

Roberts lehnt dagegen – ohne die anderen Mehrheitsvoten – eine Anwendung der *Commerce Clause* ab. Danach hat der US-Congress die Kompetenz „to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.“ Roberts folgt dabei dem Hauptargument der klägerischen Bundesstaaten: Regulierung setze ein zu Regulierendes als präexistent voraus, während der ACA das zu regulierende – Versicherungskäufe – erst erzeuge. Wenn aber der Kongress nun auch das Nichtstun regulieren dürfe, dann sei die *Commerce Power* kein begrenzter Kompetenztitel mehr, sondern umfasse praktisch alles:

Every day individuals do not do an infinite number of things.

So könne die Regierung auch ihre Bürger und Bürgerinnen zwingen, Gemüse zu kaufen, um gesund zu bleiben, weil das Nichtverzehren von gesundem Essen zu Übergewicht und damit zu Gesundheitskosten in Höhe von \$148 Mrd. pro Jahr führe: „That is not the country the Framers of our Constitution envisioned.“

Freerider statt Nichtstuer

So fröhlich die Verhandlung war: Richterin Ginsburg wird in ihrem abweichenden Votum – unterstützt von Sotomayor, Kagan und Breyer – an mehreren Stellen richtiggehend fuchsig. Schon gleich am Anfang wirft sie Roberts den Fehdehandschuh hin:

This rigid reading of the [Commerce] Clause makes scant sense and is stunningly retrogressive.

Sie gibt ausführlich die Argumente der Regierung wieder, warum die Versicherungspflicht notwendig ist, um einerseits das Freerider-Problem der Nichtversicherten zu lösen und andererseits die Öffnung des Versicherungsmarkts für diejenigen finanziell abzusichern, die wegen Vorerkrankungen oder überhöhten individuellen Prämien keine Versicherung bekommen konnten. Die einzelnen Bundesstaaten könnten dies allein nicht auffangen, weil sie dadurch Pull-Faktoren schaffen würden, die ihr System überlasteten. Gerade das Problem isolierter Handelsregelungen habe es notwendig gemacht, die *Commerce Clause* einzuführen. Und die sei auf den ACA auch ohne Probleme anwendbar.

Denn die Freerider – die Nichtversicherten, die auf Kosten der Versicherten jährlich ungedeckte Gesundheitsleistungen i.H.v. \$42.7 Mrd. in Anspruch nehmen – seien gerade nicht untätig. Ihr Handeln sei, „instead, an economic decision Congress has the authority to address under the Commerce Clause.“ Zudem gingen 60% aller Nichtversicherten in einem laufenden Jahr zum Arzt, 90% im Laufe von fünf Jahren. Wann genau, das sei gerade nicht bekannt, da Krankheiten und Unfälle plötzlich passieren könnten; dann aber *müsse* man zum Arzt.

The Brokkoli horrible

Dies, so Ginsburg und die anderen, unterscheide den Gesundheitsmarkt vom Autokauf, den Roberts, CJ. anführte, oder vom berüchtigten Brokkoli-Beispiel (Brokkoli ist in den USA ungefähr so beliebt wie in Deutschland Rosenkohl):

Although an individual might buy a car or a crown of broccoli one day, there is no certainty she will ever do so. And if she eventually wants a car or has a craving for broccoli, she will be obliged to pay at the counter before receiving the vehicle or nourishment. She will get no free ride or food, at the expense of another consumer forced to pay an inflated price.

Reguliert werde damit nicht Untätigkeit, sondern die Art der Bezahlung für Gesundheitsleistungen: im Vorhinein statt bei Bedarf, und durch eine Versicherung statt aus der Tasche.

Und nun nimmt Ginsburg es auch mit den konservativen *dissenters* auf. Diese befürchten, bei solcher Anwendung verwandle sich die Handelsklausel in ein „hideous monster whose devouring jaws . . . spare neither sex nor age, nor high nor low, nor sacred nor profane.“ Zu solcher Sorge bestehe kein Anlass, schon gar nicht im Fall von Brokkoli: Menschen die Brokkoli kaufen müssten, würden ihn deswegen noch lange nicht essen, geschweige denn gesund zubereiten und sonst gesund leben – diese Kausalkette zu unterstellen, wäre das „piling inference upon inference“, wegen dem der Supreme Court im Fall von Waffenverboten (*Lopez*) und Regelungen zu sexueller Gewalt (*Morrison*) einen „substanziellen Einfluss auf den zwischenstaatlichen Handel“ abgelehnt hatte. Auch bei der Regulierung von *Tätigkeit* könne man absurde Beispiele bilden, z.B. dass die Gemüsepflicht auch durch das Verbot des Kaufs von Fleisch, Fisch und Milchprodukten eingeführt werden könnte. Solch abwegige Beispiele könnten aber nicht dazu führen, die Kompetenzen des Congress einzugrenzen – und hier wird die Richterin richtig wütend:

THE CHIEF JUSTICE accepts just such specious logic when he cites the broccoli horrible as a reason to deny Congress the power to pass the individual mandate. Cf. R. Bork, The Tempting of America 169 (1990) (“Judges and lawyers live on the slippery slope of analogies; they are not supposed to ski it to the bottom.”). But see, e.g., post, at 3 (joint opinion of SCALIA, KENNEDY, THOMAS, and ALITO, JJ.) (asserting, outlandishly, that if the minimum coverage provision is sustained, then Congress could make “breathing in and out the basis for federal prescription”).

You will know it when you see it: Necessary and Proper

Auch an Roberts’ Ausführungen zur *Necessary and Proper Clause* lässt sie kein gutes Haar:

If long on rhetoric, THE CHIEF JUSTICE’s argument is short on substance.

Nur zwei Entscheidungen könne er anführen, und im übrigen seien seine Belege „underwhelming“. Seine Erklärung, die Versicherungspflicht sei vielleicht „necessary“ aber nicht „proper“, weil sie das föderale Gefüge aus den Angeln hebe, entbehre jeder Begründung:

In failing to explain why the individual mandate threatens our constitutional order, THE CHIEF JUSTICE disserves future courts. How is a judge to decide, when ruling on the constitutionality of a federal statute, whether Congress employed an “independent power,” ante, at 28, or merely a “derivative” one, ante, at 29. Whether the power used is “substantive,” ante, at 30, or just “incidental,” ante, at 29? The instruction THE CHIEF JUSTICE, in effect, provides lower courts: You will know it when you see it.

Und sie weist ihn auch zurecht, was die *Tax Clause* angeht – die anzuwenden hat sich Roberts nämlich erst bereit gezeigt, nachdem er die *Commerce* und die *Necessary and Proper Clauses* abgelehnt hatte. Es obliege dem Gericht eine Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber, und so sei es verpflichtet, eine (gerade

noch) haltbare Auslegung der Verfassungstitel anderen vorzuziehen, wenn dadurch das Gesetz gerettet werden könnte. Verfassungskonforme Auslegung also – warum er dafür seine langen Ausführungen zur *Commerce Clause* brauchte, will Ginsburg nicht einsehen.

Einem geschenkten Gaul...? Medicaid und der Zwang zum Glück

Schließlich ging es ja auch um die Medicaid-Erweiterung. Medicaid deckt bisher nur bestimmte Gruppen besonders Bedürftiger ab – Über-65jährige, Kinder, Schwangere und bestimmte chronisch Kranke. Der ACA dehnt Medicaid nun auf alle Menschen unter 65 aus, die weniger als 133 % der Armutsgrenze verdienen, also derzeit 14.500 USD Jahreseinkommen oder weniger. Die Bundesstaaten haben schon jetzt die Wahl, Medicaid-Programme einzuführen, doch die finanzielle Beteiligung des Bundes macht dies so attraktiv, dass alle es tun, auf die eine oder andere Weise. Und diesmal macht der Bund das Bittere (der Eigenbeteiligung) sogar besonders süß: Anfänglich übernimmt der 100% der Mehrkosten, später wird dies nach und nach auf 90% abgesenkt werden. Doch diesmal riskieren die Staaten alles, wenn sie nicht mitmachen: Der Bund wird Nichtkooperation damit bestrafen, *sämtliche* Medicaid-Unterstützung abzuziehen. Für die meisten Staaten bedeutete dies einen Wegfall von etwa 10% ihres Jahresbudgets.

Kompetenztitel ist die *Spending Clause*: Der Bund darf sein Geld in den Staaten einsetzen, und er darf damit auch ihre Politik steuern – er darf sie aber nicht zwingen. Denn dies, so Chief Justice Roberts, würde das föderalistische System gefährden und damit den höchsten amerikanischen Wert, die Freiheit:

That system “rests on what might at first seem a counterintuitive insight, that ‘freedom is enhanced by the creation of two governments, not one.’” [...]. For this reason, “the Constitution has never been understood to confer upon Congress the ability to require the States to govern according to Congress’ instructions.” [...] Otherwise the two-government system established by the Framers would give way to a system that vests power in one central government, and individual liberty would suffer.

Medicaid mache einen derart großen Anteil des Budgets aus, dass kein Staat sich diesen Verlust leisten könne; damit aber würden die Staaten zu ihrem Glück gezwungen, statt sich frei entscheiden zu können. Dies stelle verbotenen Zwang dar.

Ginsburg und Sotomayor sehen das anders; doch die Lösung Roberts' tragen sie mit: Die Lösung liegt darin, dass der U.S. Code, in den der Act sich einfügt, im entsprechenden Abschnitt in [§1303](#) ausdrücklich vorschreibt, dass einzelne nichtige Bestimmungen andere unberührt lassen. Und andere Bestimmungen des ACA sollten nach dem mutmaßlichen Willen des Congress ebenfalls bestehen bleiben.

Save the best for last

So, ich bin müde – die 65 Seiten von Scalia, Kennedy, Thomas und Alito hebe ich mir für morgen auf. Denn wie ich Scalia kenne, wird es wieder einige knallige

Formulierungen geben – die „Steuer aufs Atmen“, die Ginsburg zitiert hat, lässt ja hoffen!

Für heute aber ist die Welt gerettet, jedenfalls ein ganz kleines bisschen.

Nora Markard ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Sonderforschungsbereich „Staatlichkeit im Wandel“ an der Universität Bremen.



NORA MARKARD

Von

Die gute Nachricht zuerst: Amerika hat nun ein Gesundheitssystem. Der Supreme Court hat, vielen Befürchtungen zum Trotz, den *Patient Protection and Affordable Care Act* (ACA), Obamas große Gesundheitsreform – und einen der wenigen

Meilensteine seiner Präsidentschaft – für verfassungsmäßig erklärt, jedenfalls in seinen wesentlichen Teilen.

Zu entscheiden hatte der Supreme Court zum einen über die Frage, ob die Einführung einer allgemeinen Versicherungspflicht, abgesichert durch eine Steuerstrafe, von den enumerierten Bundeskompetenzen umfasst ist. Zur Debatte standen die Kompetenz zur Regulierung des Handels zwischen den Bundesstaaten (*Commerce Clause*) und die Steuerkompetenz (*Taxing Clause*); notfalls die Auffangklausel (*Necessary and Proper Clause*), die integrale Bestandteile eines anderweitig kompetenzgemäßen Gesetzeswerks mitumfassen kann.

Zum anderen ging es darum, ob die Ausweitung des staatlichen Armen-Versicherungsprogramms Medicaid – erst zu 100%, später zu mindestens 90% vom Bund finanziert – verbotenen Zwang auf die Bundesstaaten ausübt. Denn diese können sich zwar entscheiden, diese Ausweitung mitzumachen – tun sie dies aber nicht, würden sie *sämtliche* Bundesbeteiligung an ihren bisherigen Medicaid-Programmen verlieren.

Die mündliche Verhandlung und die Bedeutung des Gesetzes habe ich im März [hier](#), [hier](#), [hier](#) und [hier](#) besprochen.

Der Supreme Court hat nun entschieden: Die Versicherungspflicht ist verfassungsmäßig, aber zu ihrem Glück zwingen darf der Bund die Bundesstaaten nicht.

Wer ist nochmal die Mehrheit?

Das Urteil ist ein Brocken, so wie es die mehrtägige mündliche Verhandlung erwarten ließ: 187 Seiten, davon 59 Seiten für die Mehrheitsmeinung, 61 für die teilweise abweichende Meinung, und 65 + 2 Seiten für die Dissente. Ich habe gleich nach den [Vorträgen von Susanne Baer und Linda Alcott](#) den Abend damit verbracht, dieses Monster zumindest in seinen bestimmenden Teilen durchzuarbeiten und für das Verfassungsblog aufzubereiten (man verzeihe mir, wenn sich dieser Eintrag daher etwas trockener liest als die letzten!).

Das Ergebnis: Die Versicherungspflicht ist verfassungsmäßig, die Ausweitung von Medicaid auch – nur die Drohung des Verlusts sämtlicher Bundesförderung ist gefallen.

Chief Justice Roberts hat sich mal wieder auf die Seite der Mehrheit geschlagen, wenngleich er mit weiten Teilen seines Urteils dann doch allein dasteht. Es ist das erste Mal dass er mit den Liberalen in einer 5:4-Entscheidung stimmt, also ohne einen weiteren Konservativen in der Mehrheit. Überhaupt ist gar nicht so leicht herauszufinden, wer eigentlich was sagt:

ROBERTS, C. J., announced the judgment of the Court and delivered the opinion of the Court with respect to Parts I, II, and III–C, in which GINSBURG, BREYER, SOTOMAYOR, and KAGAN, JJ., joined; an opinion with respect to Part IV, in which BREYER and KAGAN, JJ., joined; and

an opinion with respect to Parts III–A, III–B, and III–D. GINSBURG, J., filed an opinion concurring in part, concurring in the judgment in part, and dissenting in part, in which SOTOMAYOR, J., joined, and in which BREYER and KAGAN, JJ., joined as to Parts I, II, III, and IV. SCALIA, KENNEDY, THOMAS, and ALITO, JJ., filed a dissenting opinion. THOMAS, J., filed a dissenting opinion.

Alles klar? [Also](#):

Chief Justice Roberts hat die Mehrheitsmeinung geschrieben, allerdings hat er eine Mehrheit zusammen mit den Richterinnen Ginsburg, Sotomayor und Kagan und dem Richter Breyer nur für folgende Teile seines Urteils gefunden:

- Die Entscheidung des Gerichts wird nicht durch den Anti-Injunction Act gehemmt, bis die erste Steuerstrafe fällig wird, weil der Gesetzgeber sie als *penalty*, nicht als *tax* bezeichnet hat.
- Die Steuerstrafe ist dennoch eine rechtmäßige Ausübung der *Taxing Power*.
- Die Medicaid-Ausweitung fällt unter die *Spending Clause*, ist aber wegen ihres Zwangscharakters für die Bundesstaaten verfassungswidrig, kann aber einfach dadurch gerettet werden, dass die Drohung des Förderungsentzugs abgetrennt aufgehoben wird.

Seine Ausführungen zur *Commerce Clause* und zur *Necessary and Proper Clause* tragen Roberts' Kolleg_innen dagegen nicht mit. Stattdessen befinden sie in einem von Richterin Ginsburg scharf formulierten Sondervotum, dass die Versicherungspflicht auch unter diesen Kompetenztiteln hätte erlassen werden dürfen. Ihrer Ansicht, die Ausweitung von Medicaid sei verfassungsmäßig, schließt sich allerdings nur Sotomayor an; beide stützen jedoch im Ergebnis die Abtrennungslösung von Roberts.

Justice Kennedy, die große Hoffnung der Liberalen, hat sich diesmal auf die Seite der Konservativen geschlagen: Er hat mit Scalia, Thomas und Alito eine abweichende Meinung geschrieben, die es in sich hat.

Richter Thomas hat noch eine hinzugefügt, in der er auf nur zwei Seiten sein „*ceterum censeo*“ wiederholt: Die Ausweitung der *Commerce Clause* auf Sachverhalte, die den Handel zwischen den Bundestaaten lediglich beeinflussen, führe genau zu solchen Übersteigerungen der Regelungswut des Bundes wie im Fall des ACA geschehen.

Steuern sind, wenn „Steuern“ draufsteht – oder: *Falsa demonstratio non nocet*. Der Anti-Injunction Act und die *Tax Clause*

Justice Alito hatte den Vertreter der Bundesregierung, Solicitor General Donald B. Verrilli, Jr., in der mündlichen Verhandlung aufgezo-

General Verrilli, today you are arguing that the penalty is not a tax. Tomorrow you are going to be back and you will be arguing that the penalty is a tax.

Tatsächlich hatte Verrilli es mit seinem Argument nicht leicht. Da die Regierung die Entscheidung über die Gesundheitsreform nicht mit in den Wahlkampf nehmen wollte, musste er argumentieren, dass die *tax penalty* zur Durchsetzung der Versicherungspflicht eine Strafe, keine Steuer sei. Allerdings musste er dann am nächsten Tag der Verhandlung argumentieren, dass diese Strafe eine rechtmäßige Ausübung der Steuergesetzgebungskompetenz sei.

Genauso aber sieht es nun die Mehrheit des Supreme Court. Roberts sieht den wesentlichen Unterschied darin, dass der Anti-Injunction Act ein Gesetz des US Congress ist, während die Verfassung darüber steht. Daher stehe es bei Gesetzen dem Congress frei, durch Wahl der entsprechenden Terminologie eine Regelung durch den Anti-Injunction Act abzusichern oder eben nicht. Bei der Frage, ob ein Gesetz gegen die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung verstoße, könne es dagegen nicht auf die Terminologie ankommen, sondern es müsse eine materielle Prüfung erfolgen.

It is up to Congress whether to apply the Anti-Injunction Act to any particular statute, so it makes sense to be guided by Congress's choice of label on that question. That choice does not, however, control whether an exaction is within Congress's constitutional power to tax.

Entscheidend sei, dass die Steuerstrafe wie eine Steuer erhoben werde, und zwar vom Internal Revenue Service, der auch sonstige Steuern erhebt. Steuern hätten praktisch immer eine intendierte Steuerungswirkung, dies spreche nicht gegen die Ausübung der Kompetenz. Ebenso wenig sei es ein Gegenargument, dass mit der *tax penalty* Inaktivität besteuert werde – denn dies sei auch bei Kopfsteuern so, die die Verfassung gerade erlaube. Von einem Kaufzwang könne ebenfalls keine Rede sein – vielmehr werde erwartet, dass 4m Menschen im Jahr lieber die Steuer zahlen als eine Versicherung abschließen werden, denn die Steuer kann niedriger, darf aber nicht höher sein als die Kosten einer Versicherung. Diese Entscheidung stehe ihnen völlig frei, betont Roberts. Anreize zu Käufen aber dürfe der Gesetzgeber durchaus setzen – dies tue er ja auch bei Hauskäufen oder Berufsausbildungen.

Muss es Commerce geben, um ihn regulieren zu dürfen?

Roberts lehnt dagegen – ohne die anderen Mehrheitsvoten – eine Anwendung der *Commerce Clause* ab. Danach hat der US-Congress die Kompetenz „to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.“ Roberts folgt dabei dem Hauptargument der klägerischen Bundesstaaten: Regulierung setze ein zu Regulierendes als präexistent voraus, während der ACA das zu regulierende – Versicherungskäufe – erst erzeuge. Wenn aber der Kongress nun auch das Nichtstun regulieren dürfe, dann sei die *Commerce Power* kein begrenzter Kompetenztitel mehr, sondern umfasse praktisch alles:

Every day individuals do not do an infinite number of things.

So könne die Regierung auch ihre Bürger und Bürgerinnen zwingen, Gemüse zu kaufen, um gesund zu bleiben, weil das Nichtverzehren von gesundem Essen zu

Übergewicht und damit zu Gesundheitskosten in Höhe von \$148 Mrd. pro Jahr führe: „That is not the country the Framers of our Constitution envisioned.“

Freerider statt Nichtstuer

So fröhlich die Verhandlung war: Richterin Ginsburg wird in ihrem abweichenden Votum – unterstützt von Sotomayor, Kagan und Breyer – an mehreren Stellen richtiggehend fuchsig. Schon gleich am Anfang wirft sie Roberts den Fehdehandschuh hin:

This rigid reading of the [Commerce] Clause makes scant sense and is stunningly retrogressive.

Sie gibt ausführlich die Argumente der Regierung wieder, warum die Versicherungspflicht notwendig ist, um einerseits das Freerider-Problem der Nichtversicherten zu lösen und andererseits die Öffnung des Versicherungsmarkts für diejenigen finanziell abzusichern, die wegen Vorerkrankungen oder überhöhten individuellen Prämien keine Versicherung bekommen konnten. Die einzelnen Bundesstaaten könnten dies allein nicht auffangen, weil sie dadurch Pull-Faktoren schaffen würden, die ihr System überlasteten. Gerade das Problem isolierter Handelsregelungen habe es notwendig gemacht, die *Commerce Clause* einzuführen. Und die sei auf den ACA auch ohne Probleme anwendbar.

Denn die Freerider – die Nichtversicherten, die auf Kosten der Versicherten jährlich ungedeckte Gesundheitsleistungen i.H.v. \$42.7 Mrd. in Anspruch nehmen – seien gerade nicht untätig. Ihr Handeln sei, „instead, an economic decision Congress has the authority to address under the Commerce Clause.“ Zudem gingen 60% aller Nichtversicherten in einem laufenden Jahr zum Arzt, 90% im Laufe von fünf Jahren. Wann genau, das sei gerade nicht bekannt, da Krankheiten und Unfälle plötzlich passieren könnten; dann aber *müsse* man zum Arzt.

The Brokkoli horrible

Dies, so Ginsburg und die anderen, unterscheide den Gesundheitsmarkt vom Autokauf, den Roberts, CJ. anführte, oder vom berühmten Brokkoli-Beispiel (Brokkoli ist in den USA ungefähr so beliebt wie in Deutschland Rosenkohl):

Although an individual might buy a car or a crown of broccoli one day, there is no certainty she will ever do so. And if she eventually wants a car or has a craving for broccoli, she will be obliged to pay at the counter before receiving the vehicle or nourishment. She will get no free ride or food, at the expense of another consumer forced to pay an inflated price.

Reguliert werde damit nicht Untätigkeit, sondern die Art der Bezahlung für Gesundheitsleistungen: im Vorhinein statt bei Bedarf, und durch eine Versicherung statt aus der Tasche.

Und nun nimmt Ginsburg es auch mit den konservativen *dissenters* auf. Diese befürchten, bei solcher Anwendung verwandle sich die Handelsklausel in ein

„hideous monster whose devouring jaws . . . spare neither sex nor age, nor high nor low, nor sacred nor profane.“ Zu solcher Sorge bestehe kein Anlass, schon gar nicht im Fall von Brokkoli: Menschen die Brokkoli kaufen müssten, würden ihn deswegen noch lange nicht essen, geschweige denn gesund zubereiten und sonst gesund leben – diese Kausalkette zu unterstellen, wäre das „piling inference upon inference“, wegen dem der Supreme Court im Fall von Waffenverboten (*Lopez*) und Regelungen zu sexueller Gewalt (*Morrison*) einen „substanziellen Einfluss auf den zwischenstaatlichen Handel“ abgelehnt hatte. Auch bei der Regulierung von *Tätigkeit* könne man absurde Beispiele bilden, z.B. dass die Gemüsepflicht auch durch das Verbot des Kaufs von Fleisch, Fisch und Milchprodukten eingeführt werden könnte. Solch abwegige Beispiele könnten aber nicht dazu führen, die Kompetenzen des Congress einzugrenzen – und hier wird die Richterin richtig wütend:

THE CHIEF JUSTICE accepts just such specious logic when he cites the broccoli horrible as a reason to deny Congress the power to pass the individual mandate. Cf. R. Bork, The Tempting of America 169 (1990) (“Judges and lawyers live on the slippery slope of analogies; they are not supposed to ski it to the bottom.”). But see, e.g., post, at 3 (joint opinion of SCALIA, KENNEDY, THOMAS, and ALITO, JJ.) (asserting, outlandishly, that if the minimum coverage provision is sustained, then Congress could make “breathing in and out the basis for federal prescription”).

You will know it when you see it: Necessary and Proper

Auch an Roberts' Ausführungen zur *Necessary and Proper Clause* lässt sie kein gutes Haar:

If long on rhetoric, THE CHIEF JUSTICE's argument is short on substance.

Nur zwei Entscheidungen könne er anführen, und im übrigen seien seine Belege „underwhelming“. Seine Erklärung, die Versicherungspflicht sei vielleicht „necessary“ aber nicht „proper“, weil sie das föderale Gefüge aus den Angeln hebe, entbehre jeder Begründung:

In failing to explain why the individual mandate threatens our constitutional order, THE CHIEF JUSTICE disserves future courts. How is a judge to decide, when ruling on the constitutionality of a federal statute, whether Congress employed an “independent power,” ante, at 28, or merely a “derivative” one, ante, at 29. Whether the power used is “substantive,” ante, at 30, or just “incidental,” ante, at 29? The instruction THE CHIEF JUSTICE, in effect, provides lower courts: You will know it when you see it.

Und sie weist ihn auch zurecht, was die *Tax Clause* angeht – die anzuwenden hat sich Roberts nämlich erst bereit gezeigt, nachdem er die *Commerce* und die *Necessary and Proper Clauses* abgelehnt hatte. Es obliege dem Gericht eine Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber, und so sei es verpflichtet, eine (gerade noch) haltbare Auslegung der Verfassungstitel anderen vorzuziehen, wenn dadurch das Gesetz gerettet werden könnte. Verfassungskonforme Auslegung also – warum

er dafür seine langen Ausführungen zur *Commerce Clause* brauchte, will Ginsburg nicht einsehen.

Einem geschenkten Gaul...? Medicaid und der Zwang zum Glück

Schließlich ging es ja auch um die Medicaid-Erweiterung. Medicaid deckt bisher nur bestimmte Gruppen besonders Bedürftiger ab – Über-65jährige, Kinder, Schwangere und bestimmte chronisch Kranke. Der ACA dehnt Medicaid nun auf alle Menschen unter 65 aus, die weniger als 133 % der Armutsgrenze verdienen, also derzeit 14.500 USD Jahreseinkommen oder weniger. Die Bundesstaaten haben schon jetzt die Wahl, Medicaid-Programme einzuführen, doch die finanzielle Beteiligung des Bundes macht dies so attraktiv, dass alle es tun, auf die eine oder andere Weise. Und diesmal macht der Bund das Bittere (der Eigenbeteiligung) sogar besonders süß: Anfänglich übernimmt der 100% der Mehrkosten, später wird dies nach und nach auf 90% abgesenkt werden. Doch diesmal riskieren die Staaten alles, wenn sie nicht mitmachen: Der Bund wird Nichtkooperation damit bestrafen, *sämtliche* Medicaid-Unterstützung abzuziehen. Für die meisten Staaten bedeutete dies einen Wegfall von etwa 10% ihres Jahresbudgets.

Kompetenztitel ist die *Spending Clause*: Der Bund darf sein Geld in den Staaten einsetzen, und er darf damit auch ihre Politik steuern – er darf sie aber nicht zwingen. Denn dies, so Chief Justice Roberts, würde das föderalistische System gefährden und damit den höchsten amerikanischen Wert, die Freiheit:

That system “rests on what might at first seem a counterintuitive insight, that ‘freedom is enhanced by the creation of two governments, not one.’” [...]. For this reason, “the Constitution has never been understood to confer upon Congress the ability to require the States to govern according to Congress’ instructions.” [...] Otherwise the two-government system established by the Framers would give way to a system that vests power in one central government, and individual liberty would suffer.

Medicaid mache einen derart großen Anteil des Budgets aus, dass kein Staat sich diesen Verlust leisten könne; damit aber würden die Staaten zu ihrem Glück gezwungen, statt sich frei entscheiden zu können. Dies stelle verbotenen Zwang dar.

Ginsburg und Sotomayor sehen das anders; doch die Lösung Roberts' tragen sie mit: Die Lösung liegt darin, dass der U.S. Code, in den der Act sich einfügt, im entsprechenden Abschnitt in [§1303](#) ausdrücklich vorschreibt, dass einzelne nichtige Bestimmungen andere unberührt lassen. Und andere Bestimmungen des ACA sollten nach dem mutmaßlichen Willen des Congress ebenfalls bestehen bleiben.

Save the best for last

So, ich bin müde – die 65 Seiten von Scalia, Kennedy, Thomas und Alito hebe ich mir für morgen auf. Denn wie ich Scalia kenne, wird es wieder einige knallige Formulierungen geben – die „Steuer aufs Atmen“, die Ginsburg zitiert hat, lässt ja hoffen!

Für heute aber ist die Welt gerettet, jedenfalls ein ganz kleines bisschen.

*Nora Markard ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Sonderforschungsbereich
"Staatlichkeit im Wandel" an der Universität Bremen.*

